

IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

Fiscal de Carrera

Letrado del Tribunal Constitucional

irodriguez@tribunalconstitucional.es

ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DAÑO SACRIFICIAL

SOCIAL STATE UNDER THE RULE OF LAW AND SACRIFICIAL DAMAGE

RESUMEN

El daño sacrificial, como daño causado en el ámbito protegido por un derecho individual para obtener una utilidad colectiva, es un instituto que materializa el conflicto histórico y conceptual entre las cláusulas de Estado de Derecho y de Estado social. La idea de “Estado social y democrático de Derecho” exige, no obstante, hallar soluciones que satisfagan la dimensión social de la Constitución sin merma alguna de la consideración del individuo como fin en sí mismo, lo que, aplicado al fenómeno sacrificial, demanda un tratamiento jurídico que, más allá de la utilización de una técnica ponderativa idónea, indague en el papel que juega la indemnización como distribución equitativa del coste del bien común.

ABSTRACT

Sacrificial damage, as damage caused in the protected sphere of individual rights in order to achieve objectives of common interest, is an institution that materializes the historical and conceptual conflict that may arise between Rule of Law and Social State clauses. However, the idea of “Social State under the Rule of Law” requires the fulfillment of the social dimension of the Constitution without impairing the value of the individual as an end in him or herself. In relation to the sacrificial damage, this entails that, beyond any weighting technique, the compensation can be required as equal distribution of the cost of the common good.

PALABRAS CLAVE: daño sacrificial, expropiación forzosa, equidistribución.

KEYWORDS: sacrificial damage, eminent domain, equal distribution.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El daño sacrificial: más allá de la expropiación forzosa: el daño sacrificial y los llamados *takings*. – 2.1. Propiedad privada, contenido esencial y función social. – 2.2. Daño sacrificial versus expropiación. – 2.3. El daño sacrificial legislativamente impuesto como *regulatory taking*. – 3. El daño sacrificial frente a otras injerencias coactivas del poder público: los rasgos identificativos del daño

sacrificial. – 3.1. El sacrificio como daño amparado en la cláusula social. – 3.2. La inexistencia de sacrificio cuando no hay pérdida de riqueza. – 4. Epílogo: la equidistribución del daño sacrificial.

1. Introducción.

La noción de *Estado social de Derecho* se compone de dos ideas fragmentarias, Estado de Derecho y Estado social, que, pese a representar modelos históricos contrapuestos, están llamadas a integrarse en un solo enunciado constitucional, dotado de significado propio. En las palabras de Ernst Benda, el modelo constitucional de Estado no es el de «*un Estado social incompleto debido a la garantía de Estado de Derecho o, inversamente, de un Estado de Derecho incompleto por mor del mandato de Estado social. Nuestra tarea es más bien ligar dos conceptos en principio opuestos, es decir, [lograr] la unidad de Estado de Derecho y Estado social*»¹. El antagonismo histórico y conceptual entre ambos modelos de Estado es, sin embargo, tan extremo que puede dar la impresión de que la unidad constitucionalmente pretendida no es más que un desiderátum evanescente. Nada más lejos de la realidad: abundan en la vida diaria los supuestos fácticos en los que las cláusulas de Estado social y Estado de Derecho chocan frontalmente, planteándonos el desafío de buscar soluciones acordes con la noción unitaria que las integra. Si, a la vista de la indudable dificultad de la empresa, renunciamos anticipadamente a acometerla no tendremos más remedio que optar, en cada caso, por dar primacía puntual a una de las dos cláusulas en pugna, resignándonos, con ello, a un Estado de Derecho incompleto y a un Estado selectivamente social. El daño sacrificial es una de las instituciones jurídicas en las que la demanda de protección de los derechos individuales se enfrenta cotidianamente a los imperativos de la vida en comunidad. Se plasma en ella, en toda su crudeza, el conflicto constitucional entre Estado de Derecho y Estado social:

(i) La cláusula de Estado de Derecho, entendida en sentido material, exige, de un lado, que el poder público proteja los derechos individuales en cuanto «*porciones autónomas derivadas de la dignidad humana*»². La dignidad convierte a todo individuo en un fin en sí mismo, confiriéndole un ámbito de autonomía, una esfera de derechos donde es dueño exclusivo de sus fines vitales y de los actos que puede realizar para alcanzarlos³. Nadie es siervo de otro, razón por la

¹ E. BENDA, *El Estado social de Derecho*, en E. BENDA, W. MAIHOFFER, J. VOGEL, K. HESSE, W. HEYDE (et. al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2001, pág. 526.

² E. BENDA, *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, en E. BENDA, W. MAIHOFFER, J. VOGEL, K. HESSE, W. HEYDE (et. al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2001, pág. 125.

³ Las fórmulas utilizadas, en este punto, por algunos textos constitucionales, como el alemán o el español, no es casual. La dignidad de la persona y los derechos le son “*inherentes*”

cual nadie ha de utilizar coactivamente a otro como instrumento involuntario de sus propios fines⁴. Este es el significado profundo de la regla *neminem laede*. Como señaló John Locke recogiendo una tradición de pensamiento iusnaturalista, los seres humanos no hemos sido hechos «para utilidad de otros, tal y como fueron hechas las criaturas de rango inferior para que nos sirviéramos de ellas»⁵; por eso el Derecho natural prohíbe, en su opinión, entrometerse en los derechos ajenos, menoscabando las titularidades que pertenecen a otro individuo. Kant entendió, en la misma línea, que el *neminem laede* era consecuencia directa de otra máxima jurídica previa, *honeste vive*, que para el filósofo alemán significaba que debía tratarse a todos (empezando por uno mismo) como fines y no como medios, objetos o instrumentos de nuestros deseos o intereses⁶. De ambas reglas (*neminem laede* y *honeste vive*) se derivaba, a su vez, la tercera máxima de Ulpiano: dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribue*), que implicaba, entre otras

son, en nuestra Constitución, fundamento del orden jurídico que establece el constituyente, que reconoce, con ello, que son una realidad previa, entroncando su orden de valores con una tradición cultural de claro signo iusnaturalista. En este sentido, no estamos ante conceptos “creados por el constituyente, esto es, por el Estado sino que el Estado los encuentra previamente dados”. A su vez, la idea de que esas ideas previas fundamentan el “orden político” y la “paz social”, es decir, todas las esferas de relación intersubjetiva, supone la eficacia vertical y horizontal del concepto, que despliega sus efectos en las relaciones con el poder público y entre particulares. Véase I. VON MÜNCH, *La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, págs. 26-30.

⁴ En ese sentido, nuestra Constitución contempla una concepción de la dignidad “no condicionada” a la virtud de los fines del individuo afectado. Se sigue, pues, una línea de pensamiento personalista, en la que la dignidad se hace coincidir con la autonomía de cada sujeto para decidir sus fines vitales. es la concepción latente, como se verá en su momento, en el reconocimiento constitucional de la “dignidad de la persona” como fundamento del orden político y social (art. 10 CE), lo que tiene una clara consecuencia jurídica, pues “a partir de ese reconocimiento [...] surge la relación jurídica fundamental según la cual hay una exigencia básica en el Derecho por la que todos —Estado y ciudadanos— tienen que tratar a los demás como personas con dignidad plena”. Véase A. OEHLING DE LOS REYES, *El concepto constitucional de dignidad de la persona. Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril, págs. 137-139.

⁵ J. LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1980, pág. 8.

⁶ Como es sabido, Kant realiza una división de la doctrina del Derecho basada en las tres máximas de Ulpiano: (i) sé un hombre honesto (*honeste vive*), lo que entiende que implica no convertirse “en un simple medio para los demás” y que deriva de la humanidad de la persona; (ii) no dañes a nadie (*neminem laede*), que es una prohibición de agresión que se convierte en *lex iuridica*, y (iii) da a cada uno lo suyo (*suum cuique tribue*), regla según la cual, si no puede evitarse el daño a otro, por ser propio de una vida en sociedad, debes formar parte de una sociedad con los demás que asegure o proteja lo propio de cada uno frente a los demás. Vid. I. Kant (1989: 47). Pues bien, el que trata a otro como mero medio deja de actuar conforme al deber que deriva de la razón (imperativo categórico), tratando sólo de alcanzar una ventaja (imperativo hipotético). Con ello, no sólo convierte a otro en mero medio de sus fines sino que se convierte a sí mismo en medio de sus inclinaciones, dejando de cumplir la primera máxima. Por eso, el daño que sufre por parte del quien se defiende de su agresión es lícito como también lo es la pena del talión, que al negar su propia humanidad a través del acto injusto, el propio agresor ha elegido para sí.

cosas, devolver lo que se había quitado a otro. La indemnización del daño infligido a otro individuo era, por ello, imprescindible para cumplir con las exigencias universales del Derecho Natural⁷. Nuestro orden constitucional enlaza con esa tradición de pensamiento cuando prevé un Estado de Derecho en sentido material (arts. 1.1, 10, 53 CE). Cuando tratamos de obtener utilidades propias a costa de derechos ajenos, los fundamentos últimos del orden constitucional se ven removidos, pues se cuestiona la vigencia misma de la cláusula de Estado de Derecho. La prevención frente a todo daño instrumental en la esfera individual alcanza, en última instancia, a la comunidad política misma, pues, como escribe el propio Benda, *«contradice la dignidad humana convertir al individuo en mero objeto de la acción del Estado»* ya que esto supone *«la degradación de la persona a la condición de objeto, a su valor de cambio»*⁸.

(ii) Lo cierto es, sin embargo, que los recursos y bienes individuales son instrumentalmente empleados por las autoridades para afrontar las necesidades marcadas por el contexto en el que los derechos despliegan su eficacia. La cláusula de Estado social habilita, por ello, al poder público para realizar (o autorizar que se realicen) operaciones de justicia distributiva a través de las cuales los intereses de unos individuos se ven postergados para satisfacer los de otros, que son considerados prevalentes, bien por su mayor rango axiológico, bien por su mayor presencia cuantitativa (donde no hay diferencias objetivas de valor). Las concreciones constitucionales del carácter social del Estado son el mejor exponente de este fenómeno. Según el art. 9.2. CE, *«corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»*. En particular, los poderes públicos han de proteger la familia y la infancia (art. 39 CE), distribuir equitativamente la renta regional y personal (art. 40 CE), garantizar prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente ante el drama del desempleo (art. 41 CE), proteger la salud (art. 42 CE), facilitar el acceso a la cultura (art. 43 CE), cuidar tanto del medio ambiente (art. 45 CE) como del patrimonio histórico, artístico y cultural de España (art. 46 CE), posibilitar el acceso a la vivienda (art. 47 CE), atender a los discapacitados (art. 48), asegurar la suficiencia económica de los

⁷ Pues, como había señalado el tardo escolástico Soto (2015: 351): *«hacer un daño a otro es lo mismo que sustraerle alguna cosa, ya sea esta cosa dinero, ya algún otro bien que puede apreciarse con el dinero; porque sufrir un daño [...] no es más que tener menos de lo que se debía tener; y quien ha quitado a otro alguna cosa, en justicia está obligado a devolver otro tanto, y ni más ni menos de lo que quitó»*.

⁸ E. BENDA, *Dignidad humana*, cit., pág. 125.

mayores (art. 49 CE) y defender a los consumidores y usuarios (art. 50 CE). Para lograr tan ambiciosos objetivos, los fines vitales de unos ciudadanos se ven inevitablemente desplazados; ciertos bienes que estaban en su esfera de derechos son puestos al servicio de fines ajenos, pues «[t]oda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general» (art. 128 CE). Se compromete, con ello, la idea de una dignidad realmente incondicionada, esto es, la consideración de toda persona como fin en sí mismo y no como siervo, instrumento o herramienta de los demás, por noble o encomiable que pueda resultar el objetivo que el poder público trata de alcanzar⁹.

La idea de un daño de naturaleza sacrificial surge como concreción de ese marco abstracto de conflicto. El sacrificio es el menoscabo que el poder público está legitimado a imponer en la esfera de derechos individuales en beneficio del colectivo, esto es, la pérdida de riqueza lícitamente impuesta con la finalidad de obtener una ganancia o utilidad común. Se revela, así, como el ámbito más propicio para resolver el conflicto planteado entre las cláusulas de Estado de Derecho y Estado social. Ante un daño de este tipo, ambas ideas abandonan su abstracción y se convierten, en una situación de la vida real, en un todo unitario susceptible de tratamiento coherente. Resolver el problema del daño sacrificial es, por ello, la manera más tangible y pragmática de convertir el *Estado social de Derecho* en una cláusula constitucional dotada de auténtico

⁹ Corresponde a Luis Medina el mérito de haber advertido la trascendencia de la idea de instrumentalización y su centralidad para la adecuada comprensión del funcionamiento de la cláusula de Estado “social”, que habilita al Estado para “utilizar” a los individuos, actuando lícitamente contra sus derechos en beneficio del colectivo. La caracterización que hace Medina de la instrumentalización está expuesta de forma enormemente sugestiva en su obra, incompleta y, por ello, aún inédita, *El derecho a dañar y sus límites*, que el autor generosamente me ha facilitado y que influye significativamente en mis planteamientos. Me remito, pues, a dicha obra de forma general en este momento. He de advertir, no obstante, que en el aludido trabajo de Medina se rechaza que, dentro del concepto de instrumentalización, pueda encontrarse la “realización de riesgos”. En la última parte de este artículo pretendo poner de manifiesto, no obstante, que la realización de riesgos que van más allá de los que nos generamos mutuamente en el desarrollo normal de la vida social (en los que el arbitrio de uno supone el límite al arbitrio del otro), al entrañar una ruptura de la delimitación de esferas de poder de acuerdo con la idea de justicia conmutativa, requiere de un respaldo del poder público. Éste ha de decidir si ese riesgo extraordinario que pone los bienes de unos a merced de otros deja de ser ilícito — pues al no ser recíproco, constituye, en principio, una agresión —. Si el poder opta por dar carta de licitud a esa actividad — por razón del bien social que aporta —, tal decisión autorizativa contempla ya la realización hipotética de injusticias conmutativas y supone, por ello, la aceptación de la instrumentalización de los individuos que, finalmente, sufrirán daños en sus bienes. El poder público entiende que la actividad que genera ese peligro extraordinario y no recíproco es socialmente ventajosa y, por esta razón, desarrolla él mismo o autoriza a otros su desarrollo. Asume la altísima probabilidad o nocividad del daño que puede generar la actividad en cuestión, utilizando a los afectados para alcanzar un bien mayor. El daño no es directamente deseado pero sí asumido como necesario. También, por tanto, se instrumentaliza en este caso.

sentido unitario. Hemos de aprender, por ello, a identificar un daño sacrificial y hemos de darle, acto seguido, una respuesta constitucionalmente adecuada. A tal propósito trata de contribuir este artículo.

2. El daño sacrificial: más allá de la expropiación forzosa: el daño sacrificial y los llamados takings.

Identificar el daño sacrificial exige profundizar en la definición que acaba de ser esbozada, que lo presenta como la pérdida de riqueza lícitamente impuesta por el poder público con la finalidad de obtener una ganancia o utilidad colectiva. El dato más inmediato de dicha definición es la naturaleza coactiva de la actuación pública, que no depende de la voluntad concorde del individuo afectado, pues, si mediara tal consentimiento, no podría entenderse comprometida su dignidad. Ha de tratarse, pues, de un menoscabo “impuesto”, esto es, causado coactivamente, de algo que la comunidad política, amparada en su irresistible capacidad de coacción, decide “quitar” a un individuo. El concepto de sacrificio entronca, de ese modo, con la noción constitucional norteamericana de los llamados *takings*. Bajo esta denominación, la doctrina estadounidense comprende todos los perjuicios coactivamente causados por el poder público que, de acuerdo con la Constitución, exigen compensación. Como explica Frank I. Michelman cuándo existe un *taking* es algo que depende esencialmente de determinar si la ejecución de las políticas públicas deja costes desproporcionados a unas pocas personas¹⁰. A medida que la actividad social del Estado ha ido haciéndose más amplia e intensa, la operatividad de los distintos criterios utilizados por el Tribunal Supremo Federal para determinar la indemnizabilidad de los daños que el poder público causa en el ejercicio de su *eminent domain* ha sido sometida a un escrutinio más profundo¹¹. La experiencia crítica que aporta esta doctrina constituye un auxilio esencial para afrontar algunas confusiones teóricas que pueden llevar a limitar injustificadamente la noción de sacrificio o a extender indebidamente los supuestos en los que se requiere, por exigencia constitucional, una indemnización.

¹⁰ Véase F. I. MICHELMAN, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation*, *Harvard Law Review*, 1967, vol. 80, núm. 6, pág. 1165.

¹¹ Una glosa de estos criterios (ocupación física, destrucción de valor y uso inocente) y de las resoluciones más importantes en relación con cada uno de ellos puede encontrarse, en la doctrina española, en M. AGUILERA VAQUÉS, *Propuestas para definir los límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada (regulatory takings v. regulaciones inconstitucionales de la propiedad)*, en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales, 2008, vol. II, pp. 953 a 964.

Quizá la confusión más importante sea la que reduce el problema sacrificial a una cuestión estrictamente expropiatoria. La manera de enfocar las injerencias en la propiedad privada que caracteriza nuestra doctrina constitucional ha llevado a plantear una suerte de disyuntiva absoluta entre el art. 33.2 CE (las “delimitaciones” de la propiedad) y el art. 33.3 CE (las “expropiaciones” de bienes) allí donde la actividad pública delimitadora ha ido “demasiado lejos”¹². Avalada, en medida considerable, por una cierta línea de jurisprudencia constitucional¹³, esta visión dual extrae la problemática sacrificial del marco que le es propio (que es el de la teoría general de los derechos fundamentales) y la introduce en un recipiente conceptual que le queda demasiado estrecho (el de la propiedad privada), ignorando que la actuación sacrificial del poder público puede afectar a cualquier titularidad constitucional. Es más: esa falsa disyuntiva entre la delimitación (no indemnizable) y la expropiación (indemnizable) supone enclaustrar la actividad pública sacrificial que específicamente se proyecta sobre el derecho de propiedad en un solo instituto jurídico, el expropiatorio, marginando cualquier otra afectación distinta, legítimamente impuestas por el poder público, que plantee el problema fondo de la instrumentalización de una

¹² En esta línea, vid. M. AGUILERA VAQUÉS, *op. cit.*, págg. 939-950. El concepto de daño sacrificial es, en cambio, capaz de abarcar todos esos casos de menoscabos producidos al margen del sistema formal expropiatorio y que han de reputarse, no obstante, como intromisiones lícitas en el derecho de propiedad, necesitadas, en ciertos casos, de la correspondiente indemnización. En este sentido, el verdadero problema de los “regulatory takings”, esto es, de los sacrificios impuestos por vías normativas, no es, a mi modo de ver, el de determinar la diferencia “entre una regulación constitucional y una regulación inconstitucional por excesiva” (*ibid.*: 952) sino, como se verá, el de dilucidar si una injerencia en un derecho individual que es lícita (de acuerdo con la técnica de ponderación correspondiente) produce daños que han de ser equidistribuidos (indemnizados) por exigencia de la Constitución misma. A la técnica ponderativa que ha de servir para determinar la licitud de la intromisión en el derecho se añade, por ello, la técnica adjudicativa que ha de servir para distribuir adecuadamente la carga generada en la esfera de titularidades de concretos individuos.

¹³ En efecto, en la doctrina del Tribunal Constitucional se observa una tendencia a reducir el problema constitucional de los sacrificios de la propiedad a un juego disyuntivo entre “delimitación” de la propiedad y “expropiación” de suerte que lo que no es una delimitación (no indemnizable) de la propiedad, legítimamente realizada por el legislador, ha de considerarse una “expropiación” de la propiedad (necesitada de indemnización) y a la inversa. Como ha escrito F. REY MARTÍNEZ, *El devaluado derecho de propiedad privada*, en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, núm. 55, págs. 959-995, la doctrina del Tribunal Constitucional tiende, así, a buscar «los criterios de distinción entre la expropiación (indemnizable) del art. 33.3 CE y la delimitación de la propiedad de acuerdo con su función social (no indemnizable) del art. 33.2 CE». Pero esa *summa divisio* ignora que las intromisiones en el derecho de propiedad trascienden la mera transformación de bienes privados en bienes públicos y supone la irrogación de menoscabos en bienes privados (que no cambian de titularidad) por razones de interés social. En otras palabras, es habitual que las intromisiones del poder público se manifiesten a través de “daños”, debiendo determinarse si estos daños, que son irreducibles al sistema formal expropiatorio, han de ser indemnizados.

persona. Es imprescindible, por ello, abordar la problemática sacrificial despojándonos de ciertas inercias teóricas que ciegan, en mi opinión, toda vía plausible de conciliación entre el Estado de Derecho y el Estado social, especialmente en lo que se refiere al derecho fundamental sobre el que la acción social del poder público se proyecta más intensamente: el derecho de propiedad privada.

2.1. Daño sacrificial *versus* expropiación.

La tendencia a la jibarización expropiatoria del problema sacrificial, tan característica del debate español, ha sido advertida y criticada por la doctrina norteamericana en relación con uno de los criterios utilizados por el Tribunal Supremo Federal de los EE. UU., el de la *ocupación física*, según el cual el sacrificio (*taking*) sólo existe en las hipótesis de transferencia directa de bienes, esto es, en los casos en los que el poder público desposee (creando, o no, un título de derecho). Como explica Michelman, la funcionalidad de este test para determinar la procedencia de la indemnización es muy limitada¹⁴. Cuando se piensa en la compensación se tiene intuitivamente la idea de una cosa que otro quita a su titular. De ahí que el caso prototípico de actividad pública (realizada en interés colectivo) que exige la debida compensación sea el de las “desposesiones físicas”, en las que está completamente asentada la idea de que el poder público sólo puede crear para sí mismo títulos de dominio pagando el precio correspondiente (como ocurre en el sistema español de expropiación forzosa). El Tribunal Supremo norteamericano llega sin dificultad a la conclusión de que el poder público también debe pagar una compensación si ocupa físicamente el bien ajeno de modo regular o permanente, pues el simple hecho de que se niegue a adquirir formalmente el bien no le exime de la obligación de pagar su precio.

Ahora bien, según el ejemplo que utiliza el propio Michelman, puede pensarse en vuelos militares a baja altura que no invaden mi “espacio físico” (ya que el espacio aéreo es de dominio público) y que prácticamente dejan sin valor mi bien. La Administración no quiere hacer ningún uso de mi propiedad; ni quiere nada de ella ni obtiene de ella, directamente, beneficio alguno. Además, la compensación no supone, en dicho caso, que el Estado pague por el valor de la propiedad que ha ocupado; se indemniza al propietario por las pérdidas que se le causan. No hay un pago de precio por un desplazamiento de

¹⁴ F. I. MICHELMAN, *op. cit.*, págs. 1186-1190 y 1227.

título, esto es, el poder público no paga por hacerse con la propiedad ajena sino por el daño que ha causado al titular¹⁵. De este modo, se advierte que el test de la “ocupación física” sólo es indicativo de que el sujeto afectado carga con una porción desproporcionada de los costes asociados a la medida adoptada. Sólo puede servir, por ello, para identificar daños manifiestamente compensables. En modo alguno puede utilizarse, a la inversa, a efectos de separar los daños compensables de los que no lo son, formulando una regla general según la cual los sacrificios que no suponen una ocupación física nunca son desproporcionados y no requieren compensación.

Llevando esta reflexión a nuestro contexto jurídico, el sistema español de expropiación forzosa está tan asentado en nuestro orden constitucional que no resulta difícil llegar a la misma conclusión que el Tribunal Supremo norteamericano: las ocupaciones físicas que no han sido cubiertas con la creación del pertinente título de derecho, allí donde la reversión está excluida, han de ser debidamente compensadas. Se trataría, pues, de actuaciones materialmente expropiatorias, sujetas al régimen del art. 33.3 CE. Es obvio que la Administración puede expoliar a un ciudadano por razones de utilidad pública y, en tal caso, se ha de ver obligada a resarcir. Pero la desposesión no es, con la misma obviedad, un supuesto exclusivo¹⁶. La realidad demuestra que hay formas más sutiles de sacrificio que pueden resultar mucho más invasivas de la esfera individual de derechos que la mera ocupación física de un bien privativo y que no pueden reconducirse, sin más, al sistema formal de expropiación. Se trata de hipótesis de menoscabos de riqueza, de afectaciones de la propiedad, que pueden ser conceptuados como verdaderos daños verificados en titularidades

¹⁵ A la inversa, pueden existir desposesiones de bienes que no generan daños a ningún propietario y en los que el interés del titular no se satisface a través de una indemnización sino con la reintegración de la posesión exclusiva (por medio de una acción reipersecutoria que cumple la misma misión protectora de la dignidad).

¹⁶ Entre otras cosas, el sistema de expropiación forzosa es un régimen estandarizado de creación de títulos de propiedad sobre bienes exteriores. El daño sacrificial abarca cualquier titularidad constitucional de una persona. Hay daños sacrificiales en la vida, la libertad o la integridad física que plantean el problema constitucional de la indemnización sin que puedan ser reconducidos al sistema expropiatorio. No obstante, es cierto que el problema del daño sacrificial tiene su ámbito más normal de aplicación en el derecho de propiedad privada, pues la imposición coactiva de las políticas públicas se refieren normalmente a dicha titularidad constitucional. Es, además, en la propiedad donde la tensión entre la cláusula de Estado social y Estado de Derecho genera una confusión más evidente, manifestada en la falta de criterios jurídicos sólidos para resolver el enfrentamiento entre la llamada “función social” de la propiedad y el “contenido esencial” de este derecho, conflicto que queda completamente diluido hasta hacer del derecho de propiedad una titularidad que carece de una referencia constitucional sólida. Véase al respecto el certero resumen del problema (y de la ambigüedad que caracteriza la doctrina de la doctrina constitucional) que se contiene en F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*

individuales protegidas por la Constitución. La ausencia, en nuestra doctrina, de una reflexión profunda acerca del papel restitutorio o protector que la responsabilidad civil desempeña en relación con los derechos individuales oscurece, en este punto, el rol que el resarcimiento juega en estas otras afectaciones de derechos (incluida la propiedad) que no están comprendidas en el instituto expropiatorio y que se sustancian, no en la transferencia del poder subjetivo sobre un bien, sino en la causación de menoscabos.

Pensemos, por ejemplo, en un planeamiento urbanístico que, cambiando el uso de un terreno, impide al propietario seguir desarrollando una actividad lucrativa. Cabe suponer que el poder público actúa, en tal caso, de forma racional sobre la esfera privativa del propietario para conseguir, a través de la nueva ordenación, una mejora del bienestar común. Es evidente, sin embargo, que el individuo concretamente afectado tendrá, como consecuencia directa de esa ordenación normativa, un detrimento relevante de su situación de riqueza previa, mayor quizá del que derivaría de una mera expropiación parcial de una parte poco significativa del espacio físico comprendido por su título de propiedad. En este caso, la limitación impuesta en la esfera individual es mucho mayor que la que supondría una transferencia directa parcial. No estamos ante una transferencia forzosa, ni ante una ocupación física del bien, pero sigue tratándose de una imposición coactiva y deliberada de una pérdida de riqueza. En otras palabras: estamos ante un daño, pues el titular del bien sufre un menoscabo en su esfera de derechos como consecuencia directa de la realización coactiva de una voluntad ajena, la del poder público. Es un error, por ello, asimilar, sin más, el concepto de “taking” al de “expropiación”; un error que, en realidad, es doble, pues (i) se entiende indebidamente, de un lado, que toda medida que incide “desproporcionadamente” en el derecho de propiedad es una expropiación verificada fuera del cauce normativo adecuado, previsto en el art. 33.3 CE y (ii) se considera sin razón alguna, de otra parte, que este exceso expropiatorio es el único supuesto de afectación del derecho de propiedad que debe ser indemnizado por mandato constitucional, pues, fuera del mismo, no estaríamos más que ante “delimitaciones” no indemnizables.

La realidad de la acción social del poder público no se ajusta a semejante simplificación: toda la actividad pública (normativa, ejecutiva y judicial) puede dar lugar a la imposición de limitaciones o restricciones sobre el libre ejercicio de las titularidades individuales que llevan aparejadas importantes pérdidas de riqueza irreconducibles al sistema formal de expropiación forzosa. En todos estos casos, el poder público realiza coactivamente su voluntad sobre los derechos de los ciudadanos causándoles determinados daños. En todos ellos, el

primer requisito del sacrificio (la coactividad del menoscabo) puede ser observado, por más que muchas hipótesis deban ser, después, excluidas de la categoría por la ausencia de algún otro requisito (por ejemplo, por tratarse de medidas protectoras o policiales o por estar implícitamente compensadas)¹⁷. Lo que importa es la pérdida que se causa al afectado, no el valor de la porción de bienes de la que (sólo en ciertos supuestos de sacrificio, materialmente expropiatorios) puede verse privado¹⁸. Dicho de otro modo, la mirada no se centra en lo que el titular conserva sino en aquello que pierde al servicio del interés colectivo¹⁹. Cualquier decisión del poder público (legislativo, ejecutivo o judicial) que impone un daño singularizado para mejorar el bienestar colectivo cumple, por ello, con el primero de los requisitos del daño sacrificial, sin que tenga, necesariamente, que reconducirse al instituto expropiatorio para plantear la procedencia, por imperativo constitucional, de una indemnización.

2.2. Propiedad privada, contenido esencial y función social.

La expuesta no es, sin embargo, la tesis de la jurisprudencia constitucional española, en la que la injerencia legislativa en la propiedad individual se debate siempre entre dos posibilidades: (i) la de una injerencia legislativa proporcionada, caso en el cual la actuación del poder público se considera puramente delimitadora del contenido del derecho de acuerdo con su función social, sin posibilidad de indemnización alguna y (ii) la de una injerencia legislativa desproporcionada, caso en el cual estamos ante una actuación materialmente expropiatoria, acreedora, esta sí, de indemnización. Toda la actuación sacrificial

¹⁷Ante esta situación, una opción es mantener ese menoscabo en la esfera del concreto individuo que lo sufre y otra compensar a ese individuo pagándole el importe de su pérdida, lo que inmediatamente genera una distribución del menoscabo causado entre todos los miembros del colectivo de acuerdo con el patrón de “estructura tributaria” que esté establecido en esa sociedad. Con ocasión de la producción de todos estos daños surge, en nuestro Estado Constitucional de Derecho, el problema de su resarcibilidad ¿Han de quedar en la esfera de la persona que sufre el daño o han de ser indemnizados (procediéndose, de ese modo, a la distribución del sacrificio entre todos los miembros del colectivo a través de las reglas constitucionales del sistema tributario)? Llevado este ejemplo al supuesto general de “regulatory takings”, cuando el poder público, dentro de sus legítimas atribuciones, toma una decisión normativa (adopta una ordenación) para reestructurar la utilización de los recursos generando perjuicios asociados a determinados individuos ¿es legítimo que los costes de las decisión del poder público sigan siendo soportados exclusivamente por quienes los sufren directamente o debe el poder público, a través de la compensación, equidistribuir esos costes entre los miembros del colectivo? En otras palabras ¿los sacrificios deben permanecer en la esfera de los individuos que los han sufrido o deben ser “socializados”? Véase F.I. MICHELMAN, *op. cit.*, pág. 1169.

¹⁸ Vid. R.A. EPSTEIN, *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1985, pág. 55.

¹⁹ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 76.

del poder legislativo queda, pues, entregada a un único criterio resolutorio: un test de proporcionalidad devaluado que, como ha notado la doctrina y reconoce a veces la propia jurisprudencia constitucional, actúa, en realidad, como canon de adecuación o razonabilidad²⁰. Con ello, la injerencia puramente “delimitadora” tiene un margen anchísimo; basta que no suponga una privación del bien o una actuación materialmente equivalente, esto es, una negación al propietario de toda utilidad²¹. En todos los casos que no llegan a este extremo, el sacrificio normativamente impuesto ha de ser aceptado como configuración legislativa del derecho, sin posibilidad de indemnización. Salir de este bucle obliga a replantearnos algunas de los dogmas que tenemos asumidos sobre el derecho de propiedad, recuperando el valor, relativo pero cierto, que tiene como derecho de libertad y situando el test ponderativo sobre la viabilidad constitucional de la injerencia en el lugar que le corresponde, que no es el de la indemnizabilidad del daño.

Describamos, primero, la situación actual. Más o menos disimuladamente, la propiedad privada viene siendo excluida del marco jurídico que, sin matices, le asigna el art. 53.1 CE, que es el de los derechos constitucionales dotados de “contenido esencial”, en cuanto titularidades subjetivas que, para ser aplicadas, no pueden considerarse incompletas o necesitadas de mediación legislativa. Nuestra doctrina constitucional suele afirmar que el contenido esencial del derecho de propiedad está integrado por su propia “función social”, estableciendo, acto seguido, una *summa divisio* entre las llamadas “delimitaciones”, legítimas y no indemnizables, realizadas de acuerdo con dicha función (art. 33.2 CE), y las expropiaciones forzosas, que sí son indemnizables (art. 33.3 CE). Las injerencias legislativas en la propiedad privada se someten, así, a un juicio disyuntivo único, tendente a determinar si estamos ante una delimitación o ante una expropiación; toda afectación no expropiatoria del derecho de propiedad se entiende como una mera “delimitación” de su contenido, frente a la que no cabe ninguna exigencia de tutela judicial.

²⁰ F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 963.

²¹ Así, se entiende que véase J. BARNÉS VÁZQUEZ, *El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978*, en J. BARNÉS VÁZQUEZ (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 29-30, que entiende que, a la vista de la jurisprudencia constitucional, «[e]l alcance de la garantía indemnizatoria que la Constitución reconoce, en efecto, es estrecho (cubre la privación singular del bien; o el sacrificio general de todo aprovechamiento o disposición)». Fuera, pues, de un supuesto expropiatorio (transferencia de titularidad) y de su sucedáneo de completa ablación o expolio, no habría garantía indemnizatoria alguna, pues estaríamos ante una delimitación legislativa no indemnizable.

La propiedad privada es desgajada, de ese modo, del grupo de derechos que son constitucionalmente entendidos como emanación, más o menos directa, de la dignidad humana y que se consideran, por ello, indispensables para el “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.1 CE). La conciliación del Estado (material) de Derecho con el Estado social no resulta, aquí, necesaria; la cláusula social puede desplegarse plenamente, sin más cortapisa que la reglas circunstancialmente previstas para el caso particular de la expropiación forzosa, esto es, para las hipótesis de transferencia directa de titularidades sobre bienes. Frente a los derechos fundamentales de máxima jerarquía axiológica (los más ligados a la dignidad humana), en los que se acepta el juego del “contenido esencial” como “garantía institucional”, la propiedad privada se entrega ciegamente a las intervenciones normativas del poder público que “delimitan”, en cada caso, su contenido originario de poder. Se suprime, con ello, todo nexo constitucional inmediato entre la propiedad privada y la autonomía (libertad) del individuo²². Como ha descrito críticamente Rey Martínez, el derecho de propiedad resulta en todo caso de una *«ponderación interna o intrínseca entre la utilidad individual del titular del derecho y la utilidad social del bien objeto de regulación, de modo que el derecho de propiedad no parece tener un contenido previo a dicha ponderación, sino que es siempre tan sólo lo que ‘resta’ después de ellas»*²³. Contenido esencial y función social de la propiedad se convierten en líquidos inexorablemente mezclados en una coctelera que el legislador agita casuísticamente hasta alumbrar el derecho constitucional en su configuración genética originaria, esto es, ya debidamente “delimitado” y susceptible de ser aplicado (y, en su caso, expropiado).

Este modo, manifiestamente confuso, de plantear las cosas encubre, en última instancia, una “desconstitucionalización” del contenido esencial de la propiedad privada, que es remitido a la legislación administrativa y social. No creo, sin embargo, que la propiedad presente ninguna particularidad que la convierta en un derecho sin contenido esencial constitucionalmente aprensible. El problema es otro, bien sencillo además. La visión maximalista del contenido esencial como mínimo absoluto infranqueable, que en buena medida sigue dominando en la doctrina constitucional española, genera un comprensible vértigo cuando es enfrentada al *terrible derecho*. Las políticas públicas no suelen exigir el sacrificio de los derechos fundamentales más importantes, como la vida, la integridad física o la libertad. De ahí que, en relación con ellos, podamos

²² Contrasta, aquí, la doctrina constitucional española con la tendencia del Tribunal Constitucional alemán a subrayar el valor de la propiedad como “espacio de libertad en el derecho patrimonial. Véase F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 974-975.

²³ F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 972-973.

mantener formalmente la visión del contenido esencial como *noumeno* absoluto e intangible, esto es, como la imagen indeleble del derecho determinada por un orden metafísico superior. La misión del Derecho Constitucional sería, en todos estos casos, vigilar al legislador para que se ajuste sin excepción a esa forma jurídica vinculante. Los supuestos sacrificiales (derribos de aeronaves secuestradas en los que se mata a inocentes para salvar un mayor número de vidas, vacunaciones obligatorias en las que un porcentaje mínimo, pero cierto, de vacunados ha de sufrir una reacción adversa y grave en su salud, privaciones cautelares de libertad de quienes, una vez practicadas las pruebas en el juicio oral, resultan ser inocentes) son tan dispersos y ajenos los unos a los otros que no llegan a inquietar a la doctrina. Ésta ignora, sin más, el indudable desafío que la existencia de tales supuestos sacrificiales representa para el paradigma oficialmente establecido, según el cual el contenido esencial de un derecho es intangible. Pero el derecho de propiedad no nos concede el lujo aristocrático de la indiferencia. Si la propiedad tuviera un contenido esencial infranqueable no podríamos entender siquiera el instituto expropiatorio. Son tan amplios y tan habituales los sacrificios de la propiedad que hallar el ámbito de intangibilidad sería un ejercicio vano. No existe.

En realidad, es la concepción misma del “contenido esencial” la que no se sustenta. Dicho concepto constitucional no designa un mínimo absoluto que el poder público deba respetar a toda costa, cualesquiera que sean las circunstancias y los contextos a los que se enfrente; todos los derechos fundamentales son, a la hora de la verdad, sacrificables, incluso en su contenido más íntimo o nuclear, cuando se da un supuesto de hecho que lo hace irremediable. Como ocurre en el caso extremo del derribo de aeronaves que son utilizadas por terroristas como arma “kamikaze”, a veces el poder público no tiene más remedio que matar a inocentes (los pasajeros secuestrados) para salvar un número mayor de vidas. El contenido esencial no es, por ello, una suerte de prohibición absoluta de injerencia sino la posición originaria que la Constitución asigna a un derecho fundamental de acuerdo con la idea de la dignidad como autonomía. El poder público nunca está llamado a “delimitar” el contenido de los derechos del art. 53.1 CE, pues su ámbito originario ya está constitucionalmente fijado. Puede, eso sí, menoscabar lícitamente dicho contenido para salvaguardar fines imprescindibles de la vida en comunidad, estableciendo para ello los supuestos legislativos necesarios. Las técnicas ponderativas, como el test de proporcionalidad, sirven justamente para determinar si, en un contexto concreto, un derecho constitucional ha de conservar su posición originaria de libertad o si ha de ceder, en cambio, ante otros imperativos de la vida social.

La propiedad privada, como cualquier otro derecho del art. 53.1 CE, tiene un contenido esencial, esto es, tiene constitucionalmente asignada una posición originaria de autonomía o libertad que hace innecesaria su “delimitación” normativa para que sea directamente aplicable. El legislador puede, no obstante, sacrificar esa configuración inicial para alcanzar o preservar objetivos sociales legítimos utilizando, a estos fines, la técnica ponderativa idónea. Y es ahí, justamente, donde entra en juego la “función social” de la propiedad (art. 33.2 CE), que supone, conforme a una larga tradición de pensamiento en la que nuestra Constitución se inscribe, que el contenido esencial de este derecho puede ser sacrificado por el poder público con especial facilidad. Basta, para ello, que persiga un fin legítimo y que la intromisión en la propiedad sea un medio adecuado para alcanzarlo.

El texto del art. 33.3 CE relativo a la expropiación forzosa no constituye, de este modo, más que una manifestación puntual y estandarizada de la “función social” de la propiedad que contempla, en términos generales, el art. 33.2 CE. Para transferir la titularidad de un bien privativo (esto es, para expropiar) basta con “cualquier causa” de utilidad pública o interés social. Pero la regulación específica de las transferencias coactivas de titularidades no excluye, en modo alguno, otras afectaciones del derecho de propiedad para las cuales la “función social” tiene idéntico efecto: supeditar la constitucionalidad de la injerencia al cumplimiento de un mero *test* de razonabilidad. De este modo, las exigencias generales del principio de proporcionalidad, habitualmente aplicables a la injerencia en derechos fundamentales, son atenuadas o debilitadas cuando del derecho de propiedad se trata, facilitándose, con ello, la normal realización de las políticas públicas. Las regulaciones que modifican legítimamente la posición originaria del propietario no son, por tanto, la génesis del derecho; se enfrentan siempre (a través del juicio ponderativo aplicable) a una imagen previa de la propiedad como derecho de libertad. La autonomía individual constituye, así, el punto de partida. La “función social” permite alejarse de esa posición originaria con especial facilidad. Función social (Estado social) y contenido esencial (Estado de Derecho) se complementan sin llegar a confundirse.

El sacrificio de la propiedad no es, por tanto, una excepción objetiva a la noción unitaria de *Estado social de Derecho*. No podemos estar, en este concreto punto, ante un “Estado de Derecho incompleto” por un juego absoluto de la cláusula social. El sacrificio de la propiedad privada plantea los mismos problemas que el de cualquier otro derecho fundamental, sin que pueda quedar encapsulado en la figura de la expropiación forzosa. Como en cualquier otra hipótesis sacrificial, nos preguntamos, por ello, en relación con el derecho de la

propiedad, si la técnica ponderativa (proporcionalidad o, en este caso, razonabilidad) es suficiente para preservar la posición constitucional del individuo como fin en sí mismo, nos cuestionamos si puede aceptarse, sin más, que los concretos sujetos afectados carguen enteramente con el peso del bien común. Con las injerencias sacrificiales en la propiedad privada surgen las mismas dudas que en cualquier otro derecho: ¿no convertimos, de forma coactiva, a unos en siervos de los demás? ¿no se requiere algo más para integrar realmente las cláusulas de Estado social y Estado de derecho en un solo enunciado jurídico? La concreta regulación de la expropiación forzosa debería servirnos de indicio de que la técnica ponderativa no basta a estos efectos, pues el art. 33.3 CE, en cuanto manifestación puntual y estandarizada de sacrificio en las hipótesis de transferencias directas de la titularidad de bienes, establece un requisito adicional al empleo de la técnica ponderativa pertinente (en este caso, la adecuación a la causa utilidad pública o interés social a que la expropiación sirve). Ese requisito adicional es la indemnización. Que el art. 33.3 CE prevea la indemnización sería, de aceptarse esta tesis, una manifestación puntual (estandarizada) de un problema de teoría general de los derechos fundamentales que se plantea en cualquier otra hipótesis de daño sacrificial.

De este modo, la técnica ponderativa permite alumbrar legislativamente estatutos diferenciados de la propiedad privada, que se separan más claramente de la posición originaria de autonomía allí donde el valor de la propiedad como ámbito de libertad individual es menos significativo y donde la satisfacción del bien común resulta, en cambio, más perentoria. También por esta vía se llega a una diferenciación por escalas de la propiedad privada pero las técnicas jurídicas aplicables para delimitar el juego del Estado de Derecho y del Estado social abandonan su estado previo de confusión. En efecto, se parte, de un lado, de la libertad como principio o situación de base, cuya rectificación ha de ser justificada por el poder público de modo suficiente. Esa justificación de la injerencia constituye, así, el primer test al que ha de ser sometido una regulación de la propiedad. Su funcionalidad es, sin embargo, limitada, ya que nos dice, únicamente, si la intromisión legislativa es constitucionalmente aceptable. Con ello, se separa el problema de la legitimidad de la injerencia legislativa de la cuestión de la indemnizabilidad de su resultado final, que depende de cómo queda asignada la carga económica inherente a la materialización del bien común. Este es, pues, el segundo test al que, una vez superado el de la técnica ponderativa, debe someterse una injerencia legislativa en un derecho, incluido el de propiedad (y ello aunque la ley guarde silencio acerca de la viabilidad de una compensación económica). El examen constitucional de la injerencia sacrificial en la

propiedad (y en cualquier otro derecho fundamental) se ha de dividir, pues, en dos pasos: (i) el método ponderativo que permite dilucidar la legitimidad de la injerencia a la vista del bien común, como técnica que nos dice únicamente si es constitucionalmente viable el daño legislativamente impuesto o el permiso legislativo para dañar y (ii) el método adjudicativo que permite equidistribuir el resultado dañoso efectivamente generado, evitando que unos se vean tratados como meros siervos o instrumentos de los demás, como técnica que nos dice quién ha de soportar el coste de los daños lícitamente producidos al servicio del bien común.

2.3. El daño sacrificial legislativamente impuesto como regulatory taking.

La superación conceptual de la errónea disyuntiva “*delimitación/expropiación*” tiene un corolario evidente: el problema constitucional no varía en función de la fuente formal de la instrumentalización. No importa, por ejemplo, que ésta se esconda tras una fórmula general llamada a afectar a una pluralidad de personas. Siguiendo las expresivas palabras de Richard A. Epstein, no hay una “alquimia secreta” que haga constitucionalmente neutrales los sacrificios que se imponen a través de fórmulas normativas²⁴. La distinción entre sacrificios “normativos” y “ejecutivos” es, en realidad, puramente semántica, ya que los segundos están igualmente amparados, en última instancia, en una norma autorizativa (que puede tener rango legal), sin que esa sola circunstancia dispense en modo alguno del deber de conciliarlos con la prohibición constitucional de instrumentalización que se deriva del art. 10.1 CE. Es más, en realidad, la autorización de cualquier sacrificio está contenida en una norma del máximo rango: la cláusula social de la Constitución. La idea de un “sacrificio legislativo” de la esfera de libre realización personal, exento, por el mero rango de la fuente del perjuicio, de cumplir con las exigencias de la dignidad humana, es abiertamente contraria a la esencia de nuestro Estado Constitucional, que rechaza, como expresivamente ha escrito Gustavo Zagrebelsky, un nuevo “absolutismo de la ley”²⁵. Siendo lo propio del daño sacrificial el ser un daño lícito, no resulta extraño, en definitiva, que sea la ley misma la que actúe, en algunos supuestos, como fuente directa del perjuicio. Si fuera de otro modo, la única

²⁴ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 99.

²⁵ Mucho más perfecto que el previo “absolutismo monárquico” al carecer, si se obvian las exigencias constitucionales, de todo límite. Véase G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid Trotta, 1999, pág. 25.

conclusión lógica sería que ningún daño sacrificial, por el hecho de estar autorizado por una norma, resultaría indemnizable²⁶.

El problema queda, pues, debidamente planteado para todo derecho fundamental, incluido el de propiedad. Es el derecho mismo, como emanación de la dignidad, el que puede exigir una indemnización frente a una injerencia lícita del poder público que carga en el afectado el coste del bien común más allá de la parte alícuota que le corresponde. De ahí que la fuente del resarcimiento no deba buscarse, en estos casos, en las reglas objetivas de responsabilidad patrimonial que la Constitución contempla (arts. 106.2 y 121 CE), que, son, más bien, remisiones al legislador para que regule racionalmente todas las hipótesis resarcitorias en las que la indemnización no está constitucionalmente exigida. Es el propio derecho fundamental afectado el que exige, por sí mismo, la indemnización de estos daños, lícitamente causados al amparo de la cláusula social. De ahí que sea indiferente, en relación con el daño sacrificial, que no exista una regla constitucional de resarcimiento, paralela a la de los arts. 106.2 y 121 CE, que sea aplicable al legislador. El deber de indemnizar que pesa sobre el Estado-legislador en las hipótesis de injerencia sacrificial lícita deriva de su necesaria sujeción, como cualquier otro poder público, al orden constitucional de derechos, esto es, resulta de la propia esencia del *Estado social de Derecho*.

Es lógico, no obstante, que esta posible indemnizabilidad, por mandato constitucional, de todo sacrificio, incluso del legítimamente impuesto por el legislador mismo, genere, a primera vista, un cierto temor ¿No estamos ante hipótesis indemnizatorias materialmente inasumibles, esto es, ante exigencias de resarcimiento tan amplias que hacen que la conciliación entre Estado de Derecho y Estado social sea, en última instancia, una quimera? Sólo podemos alejar este espectro adentrándonos en los elementos de la definición de daño sacrificial que aún no han sido tratados y que sirven para delimitar debidamen-

²⁶ La manera típicamente funcionalista (función social de los derechos, concepción estatutaria) de comprender la relación del Estado con los derechos de los ciudadanos enmascara, así, la imposición coactiva de una importantísima modalidad de daño sacrificial: el que el poder público materializa ejerciendo su poder normativo pues, en la visión personalista propia de nuestro orden constitucional, la “posición originaria” de los derechos individuales es determinada por la autonomía (dignidad) personal. Así, a Richard A. Epstein, autor que se ha movido en su trayectoria entre el libertarismo y el utilitarismo, le sorprende que se rechace ya casi unánimemente el modelo centralizado de gestión de los recursos propio del socialismo y que se acepten con tanta facilidad las injerencias normativas que suponen, en última instancia, reproducir aquel modelo, esto es, privar normativamente a los individuos de la capacidad de gestionar autónomamente una porción de su riqueza, que es intervenida coactivamente por el Estado. Vid. R. A. EPSTEIN, *Simple rules in a complex world*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1995, págs. 35 y 36.

te los supuestos dañosos que plantean el problema constitucional de la instrumentalización.

3. El daño sacrificial frente a otras injerencias coactivas del poder público: los rasgos identificativos del daño sacrificial.

La caracterización del daño sacrificial como actuación pública coactiva es claramente insuficiente para individualizarlo. Hemos de volver, por ello, a la definición inicial, recordando que en ella también se señala que una actuación pública coactiva, para ser sacrificial, ha de ser plasmación puntual de la cláusula social del Estado, esto es, debe tender a la consecución de objetivos beneficiosos para el conjunto de la comunidad política. Ha de tener, además, como efecto final, la causación efectiva de una pérdida de riqueza. Estos son los rasgos realmente delimitadores del instituto. Se resalta, en primer lugar, que la pérdida de riqueza ha de estar amparada en la cláusula “social” (arts. 1.1, 9.2, 128 CE), poniéndose de manifiesto, con esta exigencia, que no pueden conceptuarse como sacrificios las actuaciones públicas que, en lugar de extraer una utilidad colectiva de los derechos individuales, tratan, en la línea del Estado-policía, de evitar la consumación de una injusticia conmutativa (esto es, de impedir que un individuo realice su arbitrio sobre los bienes de otro) o procuran corregir las consecuencias de la misma. Los daños que derivan de la protección que el poder público dispensa frente a una agresión no son, por tanto, constitutivos de sacrificio. Se exige, asimismo, que el efecto final constituya una verdadera pérdida de riqueza, subrayándose que la dignidad del individuo afectado (art. 10.1 CE) sólo se ve comprometida por el resultado de la operación sacrificial si dicho individuo pierde parte de la capacidad que antes tenía de realizar sus propios fines. Si su esfera de bienes permanece en la misma situación, o si se ve incluso incrementada, lo que interesa al orden de derechos constitucionalmente garantizado es que el poder público cumpla con las exigencias materiales (por ejemplo, el test de proporcionalidad) y formales (por ejemplo, la habilitación normativa o la calidad de la ley reguladora) que le permiten actuar coactivamente en dicho ámbito. Sin resultado dañoso, sólo la operación de injerencia ha de ajustarse al orden constitucional de derechos. En otras palabras: sin pérdida, no hay necesidad de equidistribución del coste del bien común.

Con ello, se observa que la definición de daño sacrificial encierra un triple test que ha de ser aplicado a las decisiones del poder público: (i) ¿imponen, de forma coactiva una pérdida en la esfera privativa del individuo? (ii) ¿está esa actuación amparada en la cláusula “social” de la Constitución (o responde, más

bien, a una mera finalidad protectora o policial)? (iii) ¿supone para el afectado una pérdida real de riqueza (o lleva consigo una compensación implícita)? Si se responde positivamente a estos tres interrogantes puede decirse que, en efecto, estamos ante un daño sacrificial verificado en un derecho individual, planteándose, de inmediato, la necesidad de conciliarlo con la garantía constitucional que ampara la esfera de derechos individuales como emanación directa de la dignidad humana. Veámoslo con más detalle.

3.1. El sacrificio como daño amparado en la cláusula social.

Para que exista un sacrificio, el poder público ha de actuar coactivamente sobre los bienes de los ciudadanos al amparo de la cláusula social del Estado constitucional, esto es, con la finalidad de obtener una utilidad social o una mejora del bienestar colectivo. Esto tiene consecuencias inmediatas. La primera y más básica es que, tal y como se ha anticipado, no puede constituir un sacrificio la realización “ilícita” de la voluntad del poder público sobre los bienes de los particulares, esto es, la actuación del poder público que no está amparada en ninguna finalidad constitucionalmente legítima (que podrá dar lugar a daños intencionales ilícitos, pero no sacrificiales). El sacrificio ha de estar correctamente amparado en la cláusula social de la Constitución, que es la que permite imponer lícitamente el daño en la esfera del individuo sacrificado para obtener, de ese modo, una utilidad común. Hay, no obstante, una segunda consecuencia que exige un desarrollo mayor. Es la siguiente: no puede reputarse como sacrificio el menoscabo “lícito” de riqueza que deriva de una medida pública (normativa, administrativa o judicial) arbitrada, no para obtener una ganancia común, sino para asegurar la adecuada coexistencia —desde la óptica de la justicia conmutativa— de las distintas esferas de libre realización individual. Esta segunda consecuencia es especialmente importante, ya que permite extraer del concepto de sacrificio los menoscabos de riqueza privativa derivados un amplio abanico de potestades públicas.

En efecto, la cláusula constitucional de Estado de Derecho se articula a través de la llamada justicia conmutativa o correctiva, que trata de asegurar que cada individuo realice su arbitrio personal sobre su propia esfera de bienes, evitando toda injerencia en el ámbito de autodeterminación de los demás. Por ello, las reglas fijadas por la autoridad pública para garantizar que las titularidades de unos individuos no se vean afectadas por el arbitrio de otros —más allá de las molestias ordinarias que han de ser recíprocamente toleradas como propias

de una vida en comunidad- no sólo no constituyen una instrumentalización sino que son, más bien, una manifestación ordinaria de la cláusula constitucional de Estado de Derecho, que prohíbe que unos sean convertidos en mero instrumento de otros, ofreciendo, para ello, una protección coextensa a los derechos de todos los individuos, que quedan, de este modo, recíprocamente limitados. Se trata de medidas coactivas que impiden o corrigen situaciones de instrumentalización. No es que el Estado imponga una pérdida a un ciudadano en beneficio de los demás sino más bien lo contrario: trata de establecer un marco jurídico que evite que un ciudadano obtenga una ganancia indebida a costa de sus iguales o que los someta unilateralmente a los designios de su voluntad más allá de lo que ha de ser recíprocamente tolerado. A través de las reglas de policía, el Estado, lejos de consumir o autorizar una injusticia conmutativa por razones de interés general, establece la adecuada justicia conmutativa entre sujetos que deben ser considerados iguales²⁷.

La cláusula social constituye el extremo opuesto a la medida de policía²⁸: el Estado no sólo no impide la “agresión” sino que la autoriza convirtiéndola

²⁷ Acudiendo, nuevamente, al lúcido análisis de F.I. MICHELMAN, *op. cit.*, págs. 1236-1239, esta es la razón de justicia que se esconde tras el test jurisprudencial que niega la resarcibilidad en función del carácter perjudicial de la actividad privada que resulta afectada. Se centra, así, en determinar si la regulación introducida trata de evitar daño o de obtener beneficios. Esto lleva al problema, no siempre fácil de resolver, de determinar cuál es la actividad “molesta”. Así, el propietario que, a sabiendas de su carácter molesto o perjudicial, sitúa su industria en un lugar aislado puede ver cómo la expansión urbanística lleva a que la ciudad acabe rodeando su terreno. En ese caso ¿puede descartarse la compensación sobre la idea de que el poder público trata simplemente de evitar una molestia para otros individuos? El test no ha de aplicarse, por ello, automáticamente a supuestos en los que la medida pública no pretende extraer ninguna utilidad social sino ha de limitarse, más bien, a identificar como no resarcibles medidas que simplemente corrigen una situación de redistribución unilateral de recursos, esto es injusticia conmutativa en la que un ciudadano está realizando – a través del uso molesto – su voluntad sobre la esfera de bienes ajena. En suma, se trata de comprender que hay restricciones de bienes privativos que nada tiene que ver con la eficiencia. La medida pública lo único que pretende es restituir a un propietario en el bienestar que otro le está quitando a través de un uso de su propio bien que genera un perjuicio para los demás. En cualquier caso, las críticas de Michelman a este criterio no deben ser exageradas. Como le replica R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 117, no puede descartarse la operatividad general de un criterio acudiendo a los problemas que generan los casos más problemáticos. De otro lado, a mi juicio, puede coincidirse con Epstein en que el caso de la “fábrica de ladrillos” de Michelman no merece indemnización desde la óptica del sacrificio de la propiedad – ya que es objetivamente una actividad que genera daños a sus vecinos – y que puede, al mismo tiempo, admitirse la indemnización desde otra perspectiva distinta propia de la responsabilidad patrimonial de la administración, como la confianza legítima, siempre que una ordenación del poder público hubiera generado en el propietario de la fábrica la expectativa razonable de que no se produciría la situación nociva de terceros.

²⁸ Como señala R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, págs. 108-111, existe una “distinción estructural” clave entre medidas de “policía pública” y las medidas de “utilidad pública”. El autor, con su prisma de Derecho Privado aplicado a la cláusula constitucional de “*eminent domain*”, observa

en una agresión “lícita”, cuyo resultado final cuenta con el respaldo de la comunidad política a pesar de constituir un daño. La cláusula social es, de este modo, la previsión constitucional que permite al poder público dañar lícitamente a los ciudadanos para obtener un beneficio común. Si la medida de policía constituye la regla pública paralela a la legítima defensa, la cláusula social se desvela, de este modo, como la regla de Derecho Constitucional paralela al estado de necesidad (institución que, en el marco jurídico vigente, no constituye, en realidad, más que una manifestación concreta de dicha cláusula constitucional). En este caso, al no ser el daño una reacción frente a una agresión, la víctima no puede considerarse responsable de su propio mal. Al sufrir el daño se ve lícitamente instrumentalizada en beneficio del colectivo.

Esta última idea supone que el Estado puede autorizar, por razones de interés social y en atención a la ponderación adecuada de los costes y los beneficios, que los particulares dañen a otros particulares o que realicen actividades privadas generadoras de riesgos “no recíprocos” (que suponen, por ello, una elevada probabilidad de daño para terceros). En todos estos casos, propios de la (mal) llamada responsabilidad objetiva (riesgo y sacrificio en sentido estricto), se plantea el problema constitucional del daño sacrificial: los daños lícitamente causados en beneficio común deben ser conciliados con la dignidad (no condicionada) de las víctimas, ya que los fines del dañado (que son sacrificados en beneficio del bien común) son tan dignos de realizarse como los fines de los demás (que no sufren detrimento alguno). Las medidas de policía no plantean, en cambio, conflicto alguno entre la dignidad (Estado de Derecho) y la utilidad pública (cláusula social). En ellas no se suscita, por tanto, el problema de la instrumentalización. Todos los costes que se cargan sobre el agresor son el resultado de su decisión autónoma de verificar una agresión.

lúcidamente que se da entre ambas medidas públicas la misma diferencia que existe entre la legítima defensa y el estado de necesidad. La legítima defensa permite a un particular dañar a otro sin mediar compensación porque el dañante evita con ello la agresión ajena. Se trata, pues, de la defensa de la delimitación recíproca de las esferas de libre realización individual basada en la justicia conmutativa (frente a la amenaza de injusticia conmutativa que representa el agresor). En cambio, en el estado de necesidad, se autoriza a causar un daño a otro para obtener un resultado que es de mayor valor para la colectividad, pero a costa de consumarse una injusticia conmutativa. Por eso, a diferencia de la legítima defensa, el daño causado en estado de necesidad exige la indemnización al dañado – como individuo que sufre en sus propios bienes el sacrificio verificado en beneficio común –. Las actuaciones públicas de pola responden de mayor valor para laque, duida la que reviste la forma o adquiere la fuerza propia de la ley. de mayor valor para laicía responden, así, a la misma finalidad de la legítima defensa y no son indemnizables mientras que las que se efectúan en “utilidad pública” (cláusula social) responden al mismo fundamento del estado de necesidad y son indemnizables.

3.2. La inexistencia de sacrificio cuando no hay pérdida de riqueza.

La definición del daño sacrificial implica, como se ha anticipado, otra puntualización: el sacrificio sólo existe cuando la decisión del poder público genera una pérdida efectiva de riqueza en la esfera del individuo afectado. Si dicha pérdida no se verifica, puede decirse que ha existido una instrumentalización, pues el poder público ha impuesto coactivamente una medida socialmente beneficiosa sirviéndose de ciertos bienes privativos (que su titular quizá habría preferido utilizar de otra forma) pero de dicha medida no se ha derivado daño alguno, de modo que la esfera de titularidades del afectado no carga con un coste desproporcionado del bien común. Por ello, basta con que la medida arbitrada haya cumplido todos los requisitos que la hacen constitucionalmente viable, particularmente con el test ponderativo correspondiente. Siendo el acto de injerencia compatible con el orden de derechos fundamentales, no hay un resultado adicional dañoso que cargue en el afectado los costes generales del bien común.

No debe perderse de vista, en este punto, que las tareas colectivas se desarrollan en beneficio de todo el cuerpo social y también sirven, por tanto, a la consecución de los fines propios de cada uno de los individuos que lo conforman²⁹. En otras palabras, lo propio de las necesidades colectivas es que no puede decirse que sean completamente “ajenas” o que sean, en puridad, necesidades “de otro”, pues cada titular afectado “está en los dos lados de la transacción”³⁰. Aquella pérdida que se ve directamente compensada por el beneficio que la propia medida reporta (implícitamente) al sujeto afectado queda, por tanto, fuera del concepto de sacrificio. La indemnización no resulta necesaria. En este sentido, la utilización de las potestades públicas permite realizar operaciones que, de quedar encomendadas al acuerdo de todos los individuos afectados, serían inasequibles por sus elevados costes de transacción (que las potestades públicas permiten obviar). Una gran obra urbanizadora, en la que la Administración puede ejercer sus poderes de planificación y expropiación, puede ofrecer grandes beneficios a los titulares de los bienes inmuebles afectados, beneficios que dichos titulares difícilmente podrían llegar a obtener por sí mismos a través de un acuerdo unánime (que parece más bien quimérico). De

²⁹ En cuanto las políticas sociales que desarrolla el poder público supone un incremento del bienestar global. Véase J.M. Rodríguez de Santiago y L. MEDINA ALCOZ, *Social Rights in Spain*, en *Social and Economic Rights as Fundamental Rights. XIXth International Congress of Comparative Law*, Eleven International Publishing, Portland, 2015, pág. 342.

³⁰ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 205.

ahí que no toda utilización coactiva de los bienes de un individuo para la satisfacción de las necesidades comunes cause, indefectiblemente y por sí misma, un detrimento de su esfera de libre realización personal, pues ciertas medidas públicas llevan consigo una compensación “implícita” o “en especie”.

Existen casos claros en los que la coacción padecida por el particular le proporciona, por sí misma, un beneficio mayor. Así, el cierre temporal de establecimientos comerciales se ve compensado en especie cuando obedece a la realización de obras en el espacio público adyacente que, en última instancia, acaban mejorando el rendimiento del negocio afectado (por ejemplo, al permitir una mayor afluencia de personas). Es también el caso de la figura tributaria de la “contribución especial”, que puede exigirse a los directos beneficiarios de determinadas actuaciones públicas que redundan en su inmediato interés³¹. En estos supuestos, la compensación “implícita” existe en tanto no resultan perjuicios desproporcionados para los afectados, entendiendo por tales los que exceden claramente del beneficio que deriva de la medida adoptada. En otro caso, estaremos ante un sacrificio que deberá hacerse compatible con la dignidad de los afectados. Junto a los casos más evidentes de compensación implícita o en especie, pueden identificarse, sin embargo, otros en los que esa misma ecuación se produce de una forma menos manifiesta pero igualmente persuasiva:

(i) El primer supuesto es el de las *pérdidas mínimas o poco relevantes* en la esfera de realización personal, pues éstas siempre han de entenderse compensadas en la medida en que la actividad del poder público que las genera produce, al mismo tiempo, un beneficio social que aumenta significativamente el bienestar común. Un Estado que protege las titularidades individuales, permitiendo que se ejerzan con cierto grado de seguridad y certidumbre, y que proporciona medios comunes para incrementarlas, evitando costes de transacción inasumibles desde las coordenadas de actuación privada, produce ya de por sí, frente a la situación alternativa de incertidumbre, inseguridad e inasequibilidad de grandes proyectos consensuados, un aumento significativo de la riqueza individual de cada uno de sus miembros. Como señalaba Ihering, el poder público otorga a los ciudadanos una evidente “contraprestación económica”, que el autor alemán sustentaba en un ejemplo revelador: el diverso valor de propiedades objetivamente iguales en distintos Estados, desigualdad que revela el valor pecuniario que tiene para la propiedad individual la seguridad jurídica que

³¹ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 286-289.

el poder público es capaz de ofrecer, como contraprestación proporcionada a muy bajo coste³².

Ese beneficio general que, por sí solo, deriva del conjunto de la actividad del poder público determina que los menoscabos de riqueza mínimos o de escasa significación (que son inherentes al desarrollo de las tareas estatales) deban considerarse automáticamente compensados por el incremento de riqueza que, de modo global, producen³³. En otras palabras, un Estado que, como el nuestro, asegura a los individuos una amplia esfera de realización individual y contribuye significativamente a ampliarla, produce necesariamente el tránsito de una “tarta” más pequeña a otra más grande, en la que la porción de riqueza de cada individuo se ve sensiblemente incrementada³⁴.

³² En las palabras del autor alemán «[l]a medida más baja según la cual se puede medir ese bien [contraprestación del Estado a los individuos] es la económica: el valor pecuniario de la seguridad jurídica para la propiedad. Lo elevado que se calcula en dinero, lo enseña la comparación de valor de la propiedad de la tierra en los Estados cristianos de Europa y en Turquía. Si Turquía pudiera equipararse a nuestras condiciones jurídicas, el valor de la tierra aumentaría allí inmediatamente el doble o más. E incluso dentro de los Estados civilizados de Europa, muestra la baja de los precios de las tierras en las grandes conmociones políticas qué participación tiene la seguridad jurídica en el valor total de la propiedad – lo que en tales épocas se pierde en precios, se imputa solamente a la cuenta del derecho». R. IHERING, *El fin en el Derecho*, Comares, Granada, 2011, pág. 264.

³³ En realidad, esta es la lógica que se oculta tras el “test” de la jurisprudencia norteamericana que, a efectos de decidir la compensación, mide la magnitud del daño generado en la propiedad privada en comparación con la utilidad social que produce la medida que lo genera. El test, sin embargo, se utiliza – como ocurre con el de la ocupación física – con una virtualidad mucho mayor de la que le corresponde. En lugar de limitar su operatividad a descartar la resarcibilidad de daños mínimos que se ven compensados directamente por la gran utilidad pública que genera – también para el propio sacrificado – la medida pública que los produce, el test es utilizado por los jueces como parámetro general de resarcibilidad. Así, si las pérdidas privadas se ven sobrepasadas por los beneficios sociales se considera que la medida está legitimada y que no procede la compensación. Pero una cosa es utilizar ese criterio para determinar la legitimidad de la intervención pública con sacrificio de intereses privados y otra bien distinta es utilizarlo para determinar la procedencia de la compensación. A estos otros fines, el test es, claramente, tramposo, pues excluye sin motivo de los beneficios sociales “agregados” la riqueza que ya tenían los afectados por la medida e incluso contrapone esa riqueza previa con el beneficio social. En realidad, el verdadero beneficio social es el que el conjunto de la sociedad obtiene si se llevan a cabo las medidas pagándose el coste singular que su adopción produce a los sacrificados. Si no se hace así, el test no responde, en realidad, a un beneficio colectivo que se obtiene a costa de un sacrificio privado sino a un beneficio que obtienen unos sujetos a costa del sacrificio de otros (escondiendo, por tanto, una instrumentalización contraria a la idea de dignidad no condicionada). El test sólo nos habla, por tanto, de la eficiencia de la medida (a la vista del bienestar social agregado que genera) pero no nos dice nada de por qué es posible llevarla a efecto sin compensar los sacrificios singularmente impuestos a determinadas personas. Por ello, resulta falaz cuando se aplica a determinar la resarcibilidad del sacrificio fuera de los casos en los que se constata que el sacrificio resulta mínimo en relación con el beneficio que genera la propia medida pública adoptada (de la que también se beneficia el sacrificado). Véase nuevamente al respecto la explicación de F. MICHELMAN, *op. cit.*, págs. 1193-1196.

³⁴ La expresiva imagen es de Epstein y responde, en su concreta formulación, a una visión “lockeana” del poder que no suscribo, pero que no impide, a mi juicio, utilizar la misma ima-

(ii) En segundo lugar, tampoco son sacrificios las *pérdidas compensadas por el previo o paralelo ejercicio de potestades públicas en favor de los sujetos afectados*. Esta segunda forma de compensación implícita se da, por ejemplo, en los sectores regulados en los que el poder público fija restricciones a ciertos actores privados (por ejemplo, fijando tarifas de precios por debajo del valor de mercado). Esas medidas, siempre que no generen pérdidas desproporcionadas, han de entenderse implícitamente compensadas, pues dichos actores han alcanzado su posición prevalente en el mercado (o, incluso, su situación de monopolio) gracias al previo ejercicio de ciertas potestades públicas. Es también el caso de los urbanizadores privados (incluidos los propietarios de los terrenos a los que la legislación urbanística confiere el privilegio de asumir la empresa urbanizadora en su propio beneficio) que se ven forzosamente sometidos a cesiones (de terre-

gen sin sus concretas implicaciones, sobre todo en cuanto al reparto proporcional del excedente de riqueza generado por el poder. Conviene, no obstante, explicar la posición de partida del autor norteamericano. En su visión, una primera tarta, más pequeña, representa la situación de la riqueza sin que exista el poder público. En ese supuesto, los derechos de cada uno tienen escaso valor ya que se ven constantemente amenazados por otros que desean arrebatárnoslos. La incertidumbre y la inseguridad hacen inviable cualquier planificación que nos permita alcanzar nuestras metas. Eso, obviamente, repercute negativamente en el progreso colectivo y hace que la riqueza a repartir entre todos sea menor. La segunda tarta – mucho más grande y en la que cada una de las porciones en las que estaba dividida la primera se ve incrementada proporcionalmente – representa el aumento de riqueza individual que resulta de la existencia del poder público. Para Epstein – conforme a la idea de que el sistema público de gobierno ha de revertir el excedente que genera directamente en los individuos – el poder público sólo está justificado en cuanto lleva de una tarta más pequeña a otra más grande, estando en ambas toda la riqueza repartida entre los individuos. Para construir un poder público de este tipo es necesario, según reconoce Epstein, utilizar los bienes de los particulares. Como estos no los entregarán voluntariamente, los bienes han de ser tomados por la fuerza. La fijación de los requisitos de esa “toma” de bienes de los particulares es trascendental. En particular, el requisito de “justa compensación” asegura que el Estado dará a cada persona el equivalente de lo que le arrebatara. La cláusula de “utilidad pública” asegura que los beneficios se revertirán entre los ciudadanos en proporción a la distribución previa. Se produce, así, una *«desmistificación del soberano»* (R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 13). En la visión de Epstein, el tránsito de una tarta a otra sólo está garantizado si las actuaciones del poder público están exclusivamente guiadas por esa finalidad de aumentar la riqueza colectiva revirtiéndola siempre en los propios particulares contribuyentes. El fundamento de la relación con el poder público es, así, la justicia conmutativa y la teoría de la restitución: el ciudadano puede verse forzado a entregar parte de lo que tiene pero con la condición de recibir otro tanto o aún más de lo que se le quita. En el contrato social hay, en realidad, en la visión del autor norteamericano, toda una red de transacciones forzosas diseñadas para dejar a todos en mejor situación. La cláusula indemnizatoria de los “*takings*” – esto es, de la expropiación forzosa de los bienes de los particulares a estos efectos – responde, para R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, págs. 3-15, a esa idea conforme a la cual la misión del poder es aumentar la riqueza de los ciudadanos, sin que pueda nunca disminuirla. En principio, que la posición de partida de cada individuo se ve mejorada por la mediación de la actividad del poder público es algo que puede decirse de todo sistema que se configura como Estado de Derecho y que, como tal, garantiza suficientemente las titularidades individuales. No es necesario, por tanto, a mi parecer, compartir con Epstein una perspectiva “lockeana” del poder para llegar a dicha conclusión.

nos para infraestructuras comunes o de porcentajes de la plusvalía resultante de la urbanización) que están ampliamente compensadas por el beneficio final que ha de reportarles una obra urbanizadora (que multiplica el valor de sus propiedades), obra que sólo es posible realizar a través del ejercicio de las potestades urbanísticas de la Administración. Pueden también citarse, entre otros muchos ejemplos, los impuestos especiales que gravan actividades industriales dañosas o extra arriesgadas que son expresamente autorizadas por el Estado por razones de interés general³⁵.

En estos casos, la pérdida impuesta por la Administración no es generadora de daño alguno, ya que el particular es, en realidad, un beneficiario directo del ejercicio por parte del poder público de la misma cláusula social que legitima la medida que, en apariencia, le perjudica.

(iii) Por la misma razón, tampoco son sacrificios las *pérdidas simétricas o recíprocamente compensadas entre los afectados*, inherentes al carácter generalizado de ciertas cargas públicas impuestas a los particulares y que, precisamente por su generalidad, acaban redundando en beneficio neto de todos. Algunas regulaciones imponen cargas que se proyectan por igual sobre todos los individuos, haciendo que el sacrificio sufrido por cada uno de ellos se vea inmediatamente compensado por el ajeno y que el resultado conjunto redunde en una mejora de la riqueza de todos. En estos casos, como señala Epstein, cada individuo dañado puede considerar que el mal que sufre en su propia esfera se proyecta de forma simétrica sobre la esfera de los demás miembros del colectivo (de modo que la pérdida de uno se ve, finalmente, compensada con los beneficios que resultan de la paralela pérdida impuesta a los otros)³⁶.

Así, la prohibición de construir a determinada distancia de un lindero se ve compensada por la misma prohibición que pesa sobre los demás vecinos y que permite a todos conservar sus vistas, al tiempo que asegura un desarrollo urbano más racional (con el consiguiente incremento de valor de los títulos de propiedad). Otro ejemplo: los límites a la explotación pesquera de un determinado caladero, impuestos para evitar que éste quede esquilado a corto plazo producen, por sí mismos, una “compensación en especie”, ya que la medida

³⁵ Considera R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 285, que este caso está cubierto por el ejercicio de poderes de policía. En mi opinión ocurre más bien lo contrario. El Estado renuncia a sus poderes de policía y autoriza la actividad dañosa por razones de interés general (por el beneficio colectivo que dicha actividad genera). De ahí que el poder público pueda pedir para sí parte de los beneficios sin compensación alguna.

³⁶ Como escribe R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, págs. 196-198, estamos ante una «compensación implícita en especie» en la que «cada persona a la que se quita su propiedad recibe beneficios implícitos derivados de la pérdida paralelamente impuesta a los otros».

garantiza la sostenibilidad de la explotación, dando mayores ganancias a medio y largo plazo a los propios afectados³⁷. Otro ejemplo tradicional puede ser aún más claro: las reglas sobre prescripción de acciones civiles son una injerencia del legislador en los derechos de los particulares que se ven afectados, pero dicha injerencia genera, según opinión unánime, un efecto de conjunto beneficioso para todos y reparte la carga de forma simétrica, de modo que la restricción temporal de la posibilidad de tutela judicial de mis propios derechos se ve compensada por la idéntica la restricción generada en la esfera de mis eventuales acreedores³⁸. En todos estos supuestos, la medida arbitrada por el poder, aun persiguiendo una utilidad colectiva, asegura de manera simétrica una mejora de la esfera de realización personal de todos. Puede decirse, por ello, que la pérdida impuesta lleva consigo su propia compensación implícita y que no existe, por tanto, sacrificio³⁹. Debe advertirse, no obstante, que la clave en este último tipo de medidas no es sólo su carácter general sino, sobre todo, la simetría de las pérdidas y beneficios resultantes⁴⁰. Allá donde una regulación, perfectamente general en su factura, produce pérdidas manifiestamente desiguales o asimétricas puede existir, en cambio, un sacrificio que debe ser conciliado con la prohibición constitucional de instrumentalización que deriva de la dignidad no condicionada.

4. Epílogo: la equidistribución del daño sacrificial.

Se ha identificado, con todo lo expuesto, el daño sacrificial como aquella pérdida de riqueza que deriva de una actuación coactiva del poder público que no queda compensada por el propio beneficio que genera y que no está encaminada a proteger, conforme a la idea de justicia conmutativa, el ámbito recíproco de “igual libertad individual” (sino a obtener una utilidad colectiva precisamente en detrimento de esa situación de igualdad). A mi juicio, los criterios expuestos para delimitar los daños sacrificiales compensables hacen que la indemnización quede reservada a supuestos de hecho asequibles. Sumada a las técnicas ponderativas que legitiman la injerencia, la indemnización de los daños

³⁷ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, págs. 219-224, aunque también alude a la pesca, recurre al ejemplo más americano de la explotación privada de pozos de petróleo, poniendo de manifiesto que regulaciones muy intervencionistas, llamadas a asegurar que no se desperdicie nada de lo que se extraiga, acaban resultando en beneficio de los propios afectados, generando una compensación en especie.

³⁸ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 243.

³⁹ F.I. MICHELMAN, *op. cit.*, pág. 1125.

⁴⁰ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 211.

sacrificiales subsiguientes se revela, así, como una vía plausible para hacer efectiva la unidad del *Estado social de Derecho*. Las cláusulas fragmentarias de Estado de Derecho y Estado Social se convierten, gracias a ella, en un solo enunciado constitucional. Si la dignidad humana “no condicionada” (art. 10.1 CE) exige que cada individuo sea considerado, por su mera condición de tal, un fin en sí mismo, dueño de sus decisiones y fines vitales, dotado, por ello, de derechos individuales (a través de los cuales, toda persona puede desarrollarse autónomamente), un daño sacrificial no indemnizado posterga los fines del individuo sacrificado (y sólo los de éste), que pierden la posibilidad de realizarse como consecuencia del ejercicio de la cláusula social. Se le convierte, así, en instrumento de fines ajenos. La indemnización de ese daño concilia, en cambio, la pérdida producida con la visión no condicionada de la dignidad del afectado, de forma tal que los fines de éste son considerados de la misma condición que los fines de los demás (que no se ven afectados, en principio, por el sacrificio o que son, incluso, beneficiarios directos del mismo).

La indemnización se convierte, así, en el método de adjudicación que impide que la lícita afectación sacrificial de los derechos de un concreto individuo le convierta en mero objeto al servicio de los fines comunes, esto es, en un simple medio que ha sido utilizado para materializarlos⁴¹. No se prohíbe, pues, la utilización de los bienes privativos de los ciudadanos sino, como ha señalado Frank Michelman, que la desventaja derivada de una actuación del poder público no tenga otra razón aparente que una menor consideración de los intereses del perjudicado⁴². En este sentido, la indemnización no se limita a resarcir al afectado sino que hace algo más: distribuye equitativamente el coste del bien común entre todos sus beneficiarios, lo que hace de dos modos distintos, a los

⁴¹ Por ello, la Constitución no prohíbe que el poder público se sirva de los bienes individuales, poniéndolos al servicio de la comunidad, sino que se opone, más bien, a que esas actuaciones se efectúen de forma contraria a la dignidad, lo que ocurrirá cuando el individuo afectado no sea tratado como un fin en sí mismo. La clave, por tanto, no está, en nuestro Estado Constitucional, en la posibilidad de privar a los ciudadanos de una porción de su riqueza – lo que es perfectamente admisible – sino en la forma o el modo en que esa privación se hace constitucionalmente legítima.

⁴² Como hace ver F.I. MICHELMAN, *op. cit.*, págs. 1223-1225, el sentido de las prácticas compensatorias, desde el punto de vista de la justicia (y no de la utilidad), es evitar que alguien sufra una desventaja impuesta por el poder público sin otra razón aparente que la considerar que los fines de otros individuos son de mayor rango. Las actuaciones públicas deben buscar, en última instancia, que todos puedan realizar mejor sus fines personales, sin colocar unos por encima de otros. La explicación de la compensación basada en la justicia – que prohíbe pérdidas que indican que los fines de ciertos individuos son de peor condición que los de otros – se opone, así, a la explicación utilitarista, conforme a la cual hay que utilizar la compensación sólo para evitar redistribuciones que, al ser percibidas como caprichosas, generan un efecto desmoralizante excesivo en la sociedad.

que podemos dar el nombre de (a) equidistribución directa y (b) equidistribución indirecta.

a) La *equidistribución directa* entra en juego cuando la medida arbitrada por el poder público materializa una transferencia inmediata de riqueza de unos ciudadanos a otros. En otras palabras, el poder público decide (o asume la posibilidad de) dañar a unos en interés exclusivo de otros en el entendimiento de que esa decisión genera un efecto final más favorable para los objetivos colectivos que el que derivaría del estricto cumplimiento de las reglas de delimitación del ámbito recíproco de libre arbitrio (justicia conmutativa). El Estado decide, en suma, verificar o autorizar una injusticia conmutativa entre particulares por razones de interés general. En estos casos, la equidistribución directa permite que sean los propios beneficiarios de la operación adjudicativa los que indemnicen a los individuos sacrificados, evitando que estos últimos sean convertidos en mero instrumento de la decisión tomada por el poder público al amparo de la cláusula social⁴³.

Esta forma directa de equidistribución se manifiesta en los siguientes supuestos paradigmáticos: (i) la expropiación forzosa con beneficiario privado (obligado al pago del justiprecio)⁴⁴; (ii) las hipótesis legales de responsabilidad civil “por sacrificio” (estado de necesidad) en las que el poder público confiere a un individuo la facultad de dañar la esfera de realización de otro (en beneficio propio o de un tercero) en la medida en que considera que ese resultado final es deseable desde la perspectiva del interés colectivo. La regla que obliga, en estos casos, a que sea el beneficiario directo el que indemnice al dañado constituye también un supuesto de equidistribución directa; (iii) los supuestos de responsabilidad civil “por riesgo”, que son, en realidad, una modalidad de sacrificio en la que un daño hipotético a terceros es asumido como altamente probable, a pesar de lo cual el poder público decide autorizar el comportamiento que puede generarlo, rompiendo el marco de riesgos recíprocamente tolerados, esto es, autorizando una injusticia conmutativa.

b) La *equidistribución indirecta* procede, por su parte, allá donde no existe una relación inmediata entre concretos beneficiarios y concretos sacrificados, tratando, por ello, de revertir el sacrificio (daño) al colectivo en su conjunto a través de las reglas constitucionales de solidaridad (esto es, tratando de produ-

⁴³ Se trata, en realidad, de la misma regla que permite que los justiprecios de los bienes expropiados sean pagados por los beneficiarios directos de la expropiación.

⁴⁴ Ligando la expropiación forzosa al daño (sacrificial) infligido en situación de necesidad, véase D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *Expropiación forzosa y beneficiario privado. Una reconstrucción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 39-44.

cir, de forma mediata, una equidistribución multilateral o colectiva en la que todos los miembros de la comunidad sean tomados en igual consideración). En esta forma de equidistribución, el poder público indemniza al concreto individuo que resulta singularmente sacrificado (dañado) dándole otro tanto del importe del perjuicio sufrido. A través de esa compensación, el sacrificio singularmente impuesto a un ciudadano queda inmediatamente revertido a las reglas generales de solidaridad propias de la estructura constitucional del sistema tributario. Las normas del Derecho de Daños constituyen, de este modo, un mecanismo indirecto de equidistribución de los sacrificios que permite salvaguardar la dignidad del concreto individuo afectado y convertir un sacrificio singular o especial – contrario a la dignidad – en un sacrificio multilateral o colectivo – que, aun siendo desigual en su extensión por razón del vínculo de solidaridad, no constituye instrumentalización –. La clave en estos supuestos es, por tanto, la indemnización en cuanto mecanismo de justicia conmutativa que permite realizar el sacrificio singular o especial sin instrumentalizar al individuo afectado. Al pagarse el valor del bien con el dinero público – obtenido a través de los tributos satisfechos por todos conforme a las reglas de solidaridad constitucionalmente establecidas – se asegura la equidistribución, ya que todos los ciudadanos se sacrifican – en proporción a su capacidad contributiva – para atender a una finalidad común. La indemnización – como mecanismo de justicia conmutativa – consigue, así, que el sacrificio singular sea compatible con la equidistribución (justicia distributiva), ya que todos contribuyen con arreglo a su capacidad económica a través de las reglas propias del sistema tributario (esto es, conforme al vínculo constitucional de solidaridad).

Las manifestaciones principales de la equidistribución indirecta son: (i) los daños sacrificiales impuestos por la propia Administración a través del instituto de la expropiación forzosa en los casos en los que el justiprecio debe ser satisfecho por la propia autoridad pública, (ii) Los daños sacrificiales directamente causados por el poder público en todo tipo de derechos constitucionales, empezando por la propia vida (piénsese en el caso ya aludido de los derribos de aeronaves legalmente autorizados para salvar un mayor número de vidas) y terminando por el derecho de propiedad; (iii) Los daños sacrificiales hipotéticos asumidos como necesarios por el poder público para ejercer adecuadamente sus potestades, que pueden afectar, también, a bienes de todo tipo, como la vida y la integridad física (muertes y lesiones derivadas de campañas de vacunación obligatoria o *cuasiobligatoria*, en cuanto prescinde deliberadamente de una precisa información de riesgos) o la libertad (prisión provisional lícitamente acordada respecto de un inocente, que no puede, por tanto, reputarse

“agresor”, perdiendo la medida adoptada todo significado policial y desvelándose como una instrumentalización causada por razones de utilidad pública, que llevan a admitir que la prisión se anticipe, asumiendo, con ello, el riesgo de que el individuo afectado resulte, finalmente, inocente).

Las dos formas de equidistribución (directa e indirecta) permiten conciliar la cláusula social con las exigencias de la dignidad no condicionada (y de la prohibición de instrumentalización que ésta conlleva). El poder público puede servirse lícitamente de los derechos de los ciudadanos pero no puede convertir a estos en siervos. Por ello, si impone un sacrificio singular o especial (en cuanto no equidistribuido entre todos), el afectado ha de ser indemnizado a través de las reglas propias del Derecho de Daños, bien por los beneficiarios directos de la medida (equidistribución directa), bien por el propio poder público que la materializa (equidistribución indirecta), como reversión de la carga al sistema tributario. Sólo así se salvaguarda su dignidad.

De este modo, la prohibición de instrumentalización conduce en nuestro Estado Constitucional a una exigencia clara: que los sacrificios lícitamente impuestos a los ciudadanos en beneficio común sean equidistribuidos, lo que implica que sean indemnizados por los directos beneficiarios o por el propio poder público. De este modo, tanto el instituto expropiatorio como la responsabilidad civil guardan dentro de sí los dos métodos constitucionales de equidistribución del sacrificio. Más allá de las técnicas ponderativas que hacen lícita la intromisión en un derecho constitucional, tal equidistribución es necesaria para convertir al *Estado social de Derecho* en un enunciado jurídico verdaderamente único.